



## **COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

**INFORME SOBRE DETERMINADAS PROPUESTAS REGULATORIAS EN RELACIÓN CON LA EXPLOTACIÓN DE REDES PÚBLICAS INALÁMBRICAS BASADAS EN LA UTILIZACIÓN DE DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO A TRAVÉS DE FRECUENCIAS DE USO COMÚN (WIFI) Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS SOBRE LAS MISMAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### ÍNDICE CONSULTA AAPP

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	LAS REDES DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS QUE UTILIZAN EL DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO A TRAVÉS DE FRECUENCIAS DE USO COMÚN: SERVICIOS SOPORTADOS	5
II.1.	Bandas de uso común	5
II.2.	WIFI	6
II.3.	Tipos de servicios que pueden ofrecerse	7
II.4.	Arquitecturas de red	8
III.	MARCO JURÍDICO DE LA EXPLOTACIÓN DE REDES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS INALÁMBRICAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	9
III.1.	Normativa comunitaria: el <i>paquete telecom</i>	10
III.2.	Regulación en España	10
III.2.1.	Normativa	11
III.2.2.	Actuación del regulador en España: Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones	14
IV.	RÉGIMEN COMUNITARIO DE AYUDAS DE ESTADO	17
IV.1.	Ayudas de Estado	18
IV.2.	Práctica decisoria de la Comisión Europea en materia de ayudas públicas al despliegue de redes de comunicaciones electrónicas	20
V.	POTENCIAL IMPACTO DE LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LOS MERCADOS DE SERVICIOS DE BANDA ANCHA SOBRE REDES WIFI	23
V.1.	Caracterización de las ofertas en el mercado minorista con las que podría entrar en competencia servicios prestados mediante tecnología Wifi.	24
V.2.	Análisis general del impacto en el mercado que podría suponer la explotación por parte de las Administraciones públicas de redes de comunicaciones electrónicas basadas en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común (Wifi).	27
V.2.1.	Precios ofrecidos por las Administraciones Públicas	27
V.2.2.	Características del servicio que se preste	28
VI.	PROPUESTAS REGULATORIAS	29



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VI.1. Modificación del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios; **¡Error! Marcador no definido.**

VI.2. Elaboración de una Circular por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones **¡Error! Marcador no definido.**

VI.2.1. Contenido de la Circular: supuestos contemplados; **¡Error! Marcador no definido.**

VII. CUESTIONES

31



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### I. INTRODUCCIÓN

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cuanto que entidad que tiene atribuidas funciones de fomento de la competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas, tiene como fin último conseguir la realización de mercados eficientes que supongan un estímulo de la actividad de los operadores. La consecución de este objetivo supone su intervención en aquellos ámbitos en los que participen los distintos operadores regulando el mercado para impulsar el desarrollo del sector.

Los operadores deben desarrollar su actividad sujetándose a unas determinadas reglas de juego que deben ser claramente definidas y conocidas. Las Administraciones Públicas, en cuanto que operadores, deberán respetar las mismas normas que el resto de los agentes que intervienen en este mercado cuando lleven a cabo sus actividades de telecomunicaciones.

En consecuencia, como regla general la actuación de las Administraciones Públicas en el ámbito de las telecomunicaciones debería ajustarse a los criterios de un inversor privado en el marco de una economía de mercado. De esta manera las Administraciones Públicas competirían como cualquier otro operador en el mercado, lo que implica la realización de actividades de telecomunicaciones a cambio de la correspondiente contraprestación por parte de los usuarios finales o de los operadores que pueden utilizar las redes de estas Administraciones como soporte de sus propias actividades.

Desde hace un tiempo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones viene observando un aumento de la participación de las Administraciones Públicas en el mercado de comunicaciones electrónicas especialmente prestando servicios de acceso a Internet de banda ancha soportados en redes inalámbricas que utilizan el dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común (Wifi). La posibilidad de que estas entidades utilicen fondos públicos para explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas, que pueden tener una incidencia negativa en la competencia, se ha traducido en la plasmación de una serie de cautelas que eviten que esta actuación resulte perjudicial para el desarrollo del sector.

Tanto a nivel comunitario como a nivel nacional, se establecen distintas previsiones dirigidas a evitar o controlar, en su caso, el uso de fondos públicos por estas entidades. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en base a las competencias atribuidas por el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) en materia de salvaguarda de la pluralidad de oferta del servicio y de la competencia en el mercado, deberá examinar aquellas situaciones que podrían suponer la expulsión o la desincentivación de la participación del resto de los operadores en aquellos ámbitos donde actúen múltiples operadores.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, los artículos 8.4 de la LGTel y 4.1 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (en adelante, Reglamento de Prestación de Servicios) contemplan otras funciones de esta Comisión en relación con las actividades en materia de telecomunicaciones de las Administraciones Públicas, de las que se hablará más adelante.

La presente consulta tiene como objetivo plantear distintas soluciones que permitan clarificar los escenarios en que se desenvuelven las actuaciones de las Administraciones Públicas de forma que no sólo no desincentiven la demanda sino que constituyan una puerta de entrada a nuevos usuarios y faciliten, de este modo, la intervención de los operadores privados aumentando así el volumen de sus actividades.

Por este motivo, esta consulta va dirigida a todas las entidades que actúan en el sector de las comunicaciones electrónicas y trata de obtener información para plantear propuestas regulatorias que, bien mediante la regulación por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, bien mediante la modificación de la actual normativa o ambas a la vez, permitan establecer unas nuevas condiciones que se ajusten a la realidad actual, fijando un nuevo marco normativo en el que las Administraciones Públicas lleven a cabo sus actividades sin entorpecer el desarrollo del mercado.

## **II. LAS REDES DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS QUE UTILIZAN EL DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO A TRAVÉS DE FRECUENCIAS DE USO COMÚN: SERVICIOS SOPORTADOS**

Aunque la actividad desplegada por las Administraciones Públicas en el ámbito de las telecomunicaciones puede abarcar un amplio abanico de posibilidades, el presente informe se centra en el examen de las mismas como explotadoras de redes públicas de comunicaciones electrónicas que utilizan el dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común con tecnología Wifi, así como en los servicios soportados sobre las mismas, con una especial incidencia en el servicio de acceso a Internet.

### **II.1. Bandas de uso común**

El cuadro nacional de atribución de frecuencias define una serie de bandas como bandas de uso común en concreto la banda de 2.4 Ghz (2400-2483.5 Mhz) y la banda de 5 Ghz (5150-5350 Mhz y 5470-5725 Mhz).

El principal atractivo de dichas bandas reside en la posibilidad de usarlas sin necesidad de obtener título habilitante para la utilización de ese dominio público



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

radioeléctrico, y, por tanto, sin sujeción a tasas. En contrapartida, también implica ciertas condiciones que han de ser consideradas:

- En primer lugar, los servicios que efectúen un uso común del espectro no deben producir interferencias ni pueden obtener protección frente a otros servicios legalmente autorizados.
- En segundo lugar, existen limitaciones relativas a la potencia u otros parámetros técnicos con la finalidad de restringir el alcance de las redes.

Las facilidades de operación de equipos en las bandas de uso común han permitido en gran medida el éxito de las soluciones inalámbricas que operan en estas bandas, en especial la basada en la tecnología WIFI.

### II.2. WIFI

El sello Wifi corresponde a una marca registrada promovida por la WiFi Alliance. Dicha asociación de fabricantes tiene como objetivo garantizar la interoperabilidad de los productos basados en la familia de estándares IEEE 802.11. Para la realización del citado cometido, la Wifi Alliance tiene un programa de certificación que deben pasar los distintos equipos para ser considerados como equipos Wifi y por tanto estar garantizada su interoperabilidad.

En relación con las capacidades de transmisión de datos existen 4 certificaciones con las siguientes características:

Normas (capa física y de acceso al medio)	Velocidad de transmisión máxima (Mbps)	Throughput máximo típico (Mbps)	Numero máximo de redes localizadas	Banda de frecuencia
IEEE 802.11a/h	54 Mbps	22 Mbps	14 (5.7 GHz)	5 GHz
IEEE 802.11b	11 Mbps	6 Mbps	3	2.4 GHz
IEEE 802.11g	54 Mbps	22 Mbps	3	2.4 GHz
IEEE 802.11n draft 2.0	300 Mbps	>100 Mbps	1 (2.4 GHz) 7 (5.7 GHz)	2.4 Ghz 5 GHz

En las redes Wifi el ancho de banda es compartido entre todos los usuarios de un punto de acceso, que acceden a la misma consecutivamente. Este hecho condiciona la velocidad de transmisión de la que dispone cada usuario, adquiriendo, además, una especial relevancia a la hora de planificar el despliegue de las redes Wifi, ya que se considera que el número máximo de



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

usuarios por punto de acceso para una utilización ágil estaría en torno a los 30 usuarios.

En cualquier caso, la velocidad de transmisión indicada anteriormente se refiere al enlace entre el usuario y el punto de acceso a la red inalámbrica (interfaz radio). Sin embargo, la velocidad que perciben los usuarios puede estar limitada por otros condicionantes intrínsecos a la arquitectura de red desplegada, como por ejemplo los enlaces utilizados para conectar los puntos de acceso y la red troncal (backhaul), o el ancho de banda contratado para proveer el servicio de acceso a Internet.

### II.3. Tipos de servicios que pueden ofrecerse

La capacidad disponible en las redes inalámbricas Wifi es suficiente para ofrecer servicios que tienen pocas exigencias respecto a calidad de conexión. Estarían incluidos en esta categoría:

- La navegación por Internet (a portales controlados o libres).
- El correo electrónico.
- Las aplicaciones de chat y mensajería instantánea.
- La descarga de ficheros por Internet, ya sea mediante FTP o mediante aplicaciones P2P.
- Las aplicaciones de recogida de datos (lectura de parquímetros y contadores, etc.).

En cuanto a aplicaciones más exigentes (vídeo streaming, voz sobre IP, etc.), los estándares actuales Wifi no garantizan, a nivel de acceso, calidad de servicio (QoS) lo que impide garantizar, a ese nivel, unas características de conexión a cada usuario (ancho de banda, retraso, jitter, pérdida de paquetes). En consecuencia, los usuarios pueden sufrir pérdida de calidad, interrupciones intermitentes o desconexiones dependiendo del estado de congestión de la red, aún estando en un entorno sin interferencias. Este es un hecho diferenciador con respecto a otras tecnologías de acceso de banda ancha existentes en el mercado (por ejemplo xDSL, FTTH), las cuales permiten garantizar, a nivel de acceso, un nivel de calidad de servicio tal que posibilita, por ejemplo, que algunos operadores ofrezcan el servicio telefónico disponible al público mediante dichos enlaces con una calidad análoga a la ofrecida mediante medios conmutados.

Desde 2005, la técnica WMM (Wifi Multimedia) solventa parcialmente este problema, ya que permite enviar de forma prioritaria el tráfico más crítico (voz, vídeo) aunque sin garantizar prestaciones. Esta situación podría mejorar en el futuro con la implementación de la norma IEEE 802.11e estándar que desarrolla la calidad de servicio en las redes Wifi.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, existen operadores que están inscritos en el Registro de Operadores de esta Comisión para prestar servicios vocales mediante dichas tecnologías; en este caso estarían en condiciones de prestar servicios vocales con las limitaciones citadas anteriormente.

### II.4. Arquitecturas de red

Las redes inalámbricas Wifi pueden usarse tanto desde una óptica privada (por parte de empresas o particulares) como para la provisión de acceso público.

Desde un punto de vista privado, la red wifi substituiría una red cableada en el marco de la oficina o del domicilio particular, facilitando de este modo la conexión de los equipos a la red existente. En el ámbito particular, la aplicación más popular es el de los modem ADSL inalámbricos, que permiten a los usuarios acceder a su conexión ADSL fácilmente desde cualquier punto de su hogar. Para una empresa, un punto de acceso inalámbrico ofrece al personal itinerante (visitantes, etc.) una manera fácil de conectar sus ordenadores portátiles a la red corporativa o a Internet.

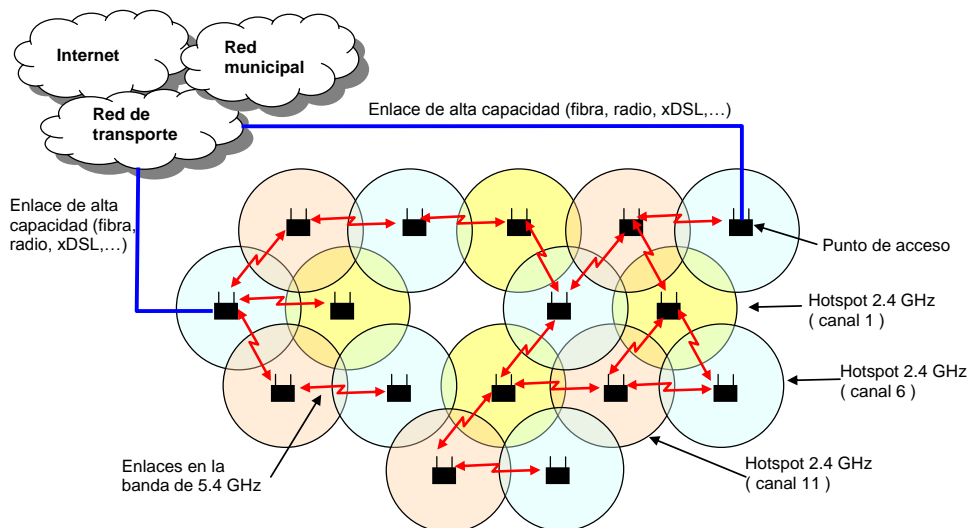
El éxito de estas aplicaciones permitió la aparición de soluciones de acceso público mediante el uso de la misma tecnología. En este marco se sitúa la provisión de acceso a Internet en lugares públicos de gran concurrencia (aeropuertos, hoteles, etc.) que permiten a los clientes acceder a Internet. Algunos operadores han desplegado una red de “zonas WIFI” que permiten a los abonados al servicio su conexión a Internet en los puntos habilitados (“Zonas ADSL WIFI” de Telefónica). Los servicios ofrecidos son aplicaciones de carácter nómada, sin continuidad geográfica.

Sin embargo, cubrir zonas más amplias como un barrio o una ciudad representa un reto mucho mayor. En efecto, para extender la cobertura más allá del alcance de un *hotspot* es necesario desplegar un número elevado de puntos de acceso que se solapen parcialmente y que dispongan de conexión a una red troncal (*backhaul*) mediante la cual se interconecten y accedan a redes de ámbito mayor, como la red del municipio o Internet.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES



**Figura1: Ejemplo de red *mesh* formada por 16 *hotspot***

Por otro lado, uno de los factores determinantes a la hora de implantar una red Wifi, son las tipologías de servicios que se pretenden ofrecer, así como sus características. Este hecho condiciona el tipo de equipamiento necesario y por tanto el coste de la solución. Por ejemplo, los puntos de acceso instalados en exteriores deben estar diseñados para soportar las inclemencias meteorológicas. Asimismo, si la red a desplegar pretende ofrecer servicios con características diferenciadas por usuario (tiempo de conexión, velocidad de conexión, etc), es necesario disponer de los equipos pertinentes para realizar la autenticación de los usuarios así como el filtrado del tráfico.

La disparidad de arquitecturas basadas en redes Wifi, desde un simple punto de acceso con conectividad a Internet que permite que cualquier usuario dentro de su ámbito de cobertura acceda a Internet, hasta una arquitectura de red que ofrece una conexión a Internet en todo un barrio, previa autenticación y con unas limitaciones de ancho de banda y horarias hace que difieran en gran medida la tipología de equipamientos necesarios para prestar el servicio, las funcionalidades que se pueden soportar y los costes.

### III. MARCO JURÍDICO DE LA EXPLOTACIÓN DE REDES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS INALÁMBRICAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El marco normativo en el que se desenvuelven las actuaciones que llevan a cabo las Administraciones Públicas en materia de telecomunicaciones está integrado tanto por el conjunto de disposiciones dictadas por la Unión Europea como por la normativa española. En España, cobra asimismo especial importancia la doctrina que ha desarrollado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los últimos años.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### III.1. Normativa comunitaria: el *paquete telecom*

A nivel europeo, en el año 2002 se aprobó un grupo de Directivas<sup>1</sup> que regulaban los aspectos fundamentales de las telecomunicaciones y que, bajo la denominación de “*paquete telecom*” o marco normativo europeo sobre comunicaciones electrónicas, constituyen las normas básicas en esta materia, sin perjuicio de la existencia de otros documentos que recogen la posición de la Comisión Europea en diversas materias relativas a las telecomunicaciones.

En lo que afecta a las Administraciones Públicas, el artículo 11.2 de la Directiva Marco exige que exista una separación estructural efectiva entre la función de otorgamiento de los derechos *de ocupación del* dominio público y las actividades asociadas con la propiedad o el control. Asimismo, el artículo 12 de la misma Directiva establece que las empresas suministradoras de redes públicas o servicios de comunicaciones electrónicas que posean derechos especiales o exclusivos para la prestación de servicios en otros sectores deberán llevar una contabilidad separada y una separación estructural de sus actividades.

En la actualidad, las Directivas que integran este paquete están siendo objeto de revisión dentro del objetivo de reforma del marco regulador de las telecomunicaciones que está llevando a cabo la Unión Europea para los próximos cuatro años. A día de hoy continúan pendientes de aprobación las modificaciones definitivas que, en todo caso, no establecen previsiones adicionales en materia de explotación de redes y prestación de servicios por las Administraciones públicas o empresas públicas.

### III.2. Regulación en España

La regulación de la actividad de las Administraciones Públicas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas se contiene, principalmente, en la LGTel y en el Reglamento de Prestación de Servicios.

El Anexo II de la LGTel define como operador a la persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el inicio de su actividad.

---

<sup>1</sup> Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco). Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de Autorización). Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de Acceso). Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de Servicio Universal).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el mismo Anexo se definen los conceptos de explotación de red de comunicaciones electrónicas y de servicio de comunicaciones electrónicas de la siguiente forma:

- *“Explotación de una red de comunicaciones electrónicas: la creación, el aprovechamiento, el control o la puesta a disposición de dicha red.”*
- *“Servicio de comunicaciones electrónicas: el prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión ...”*

Por otra parte, ambas actividades se pueden prestar a terceros, es decir, al público, o en autoprestación. Se estará en un caso de autoprestación cuando el titular de la red o el prestador del servicio se limite a satisfacer sus propias necesidades de comunicación y no la de terceros. A *contrario sensu*, serán redes públicas las que, principalmente o en su totalidad, se utilicen para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.

### III.2.1. Normativa

El artículo 2 de la LGTel califica las telecomunicaciones como servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia. La LGTel permite que cualquier persona física o jurídica pueda constituirse en operador sin excluir de su aplicación y del régimen general de notificación de operadores a las Administraciones Públicas.

Como se apuntó anteriormente, la prestación de servicios por dichas Administraciones Públicas en régimen de libre competencia se rige por la premisa de que su financiación deberá realizarse por medio de los rendimientos de la explotación de la actividad, no pudiendo neutralizarse pérdidas con transferencias de fondos públicos. La única financiación externa permitida es la que cumpla con el principio del inversor privado en una economía de mercado.

En cualquier caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha destacado la necesidad de estudiar caso por caso los supuestos excepcionados del principio general del inversor privado en una economía del mercado. Así, en la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicación, de fecha 30 de septiembre de 2004, relativa al caso de ATARFE<sup>2</sup> se señaló que:

<sup>2</sup> Resolución del procedimiento sancionador RO 2004/57 incoado a la entidad Proyecto Atarfe, S.A. por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 15 de abril de 2004.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“(…) la gratuidad de un servicio de telecomunicaciones puede constituir, en cualquier caso, una conducta prohibida por los principios que rigen las normas de defensa de la competencia y ello por la posibilidad de constituir una práctica desleal o exclusionista. No obstante, teniendo en cuenta que la citada regla admite excepciones, la cuestión deberá ser estudiada caso por caso, en función de las características del servicio y de la posición en el mercado que ocupara el Ayuntamiento en cuanto a su condición de operador en el sector de las telecomunicaciones y la existencia de otros operadores del mismo servicio, u otro que lo pueda sustituir, interesados a concurrir en el mismo ámbito territorial.”*

El artículo 3 de la LGTel recoge, entre los objetivos de la Ley “*el fomento de la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas*”. Para la consecución de este objetivo, la LGTel atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinadas funciones dirigidas al fomento de la competencia y la participación de los distintos agentes en el mercado de las telecomunicaciones, entre las que destacamos la recogida en el artículo 48.3, letra e) de la LGTel, que señala que la Comisión tiene, entre sus funciones, la de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y la explotación de red en condiciones de red abierta.

Por tanto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene atribuidas directamente por la LGTel funciones relativas al establecimiento de medidas que faciliten el desarrollo de la competencia en el sector. Como ha señalado el Tribunal Supremo<sup>3</sup>:

*«(…) la ley habilita expresamente a este organismo [la CMT] imponer obligaciones de comportamiento a determinados operadores a fin de evitar prácticas anticompetitivas. (...) Por consiguiente, en el supuesto de apreciar una práctica que puede ser contraria a la “pluralidad de ofertas”, el organismo regulador puede imponer obligaciones de diferente naturaleza, de hacer o no hacer, sobre los operadores, y, en caso de inobservancia del mandato, podrá la CMT, ejercer sus potestades sancionadoras.*

*(…)*

*En suma, la redacción del artículo 48 en su versión actual aplicable en el momento de los hechos enjuiciados permite al organismo sectorial imponer a los operadores medidas “concretas”, “singulares” y*

<sup>3</sup> Sentencia de 17 de diciembre de 2008 (RJ 2009/232)



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“específicas”, esto es, determinar obligaciones vinculantes para los operadores de forma “individualizada” (...).».*

Asimismo, a la hora de describir los supuestos en los que las Entidades Locales podrán desarrollar actividades de telecomunicaciones, deberá tenerse en cuenta que el artículo 8.4 de la LGTel establece que:

*“La explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, se ajustará a lo dispuesto en esta ley y sus normas de desarrollo y se realizará con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia.”*

En desarrollo de esta previsión, el artículo 4 del Reglamento de Prestación de Servicios establece, de forma expresa, una excepción al régimen general descrito, tomando en consideración la posible prestación gratuita de servicios de comunicaciones electrónicas por las entidades locales aunque únicamente de forma transitoria. En concreto, se señala que:

*“Conforme al artículo 8.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en la explotación de redes o servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas con contraprestación económica serán de aplicación las condiciones impuestas, en su caso, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para garantizar la libre competencia.*

*La prestación transitoria por las entidades locales a sus ciudadanos de servicios de comunicaciones electrónicas de interés general sin contraprestación económica<sup>4</sup> precisará su comunicación previa a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Cuando ésta detecte que dicha prestación afecta al mercado, en función de la importancia de los servicios prestados, de la existencia en ese ámbito territorial de condiciones de mercado que permitan el acceso a dichos servicios o de la distorsión de la libre competencia, podrá imponer condiciones específicas a dichas entidades en la prestación de los servicios conforme al párrafo anterior.”*

En consecuencia, como regla general, las Administraciones Públicas deberán prestar servicios de comunicaciones electrónicas a cambio de la correspondiente contraprestación económica. La Ley no establece ningún requisito sobre la duración de la realización de actividades de

---

<sup>4</sup> El subrayado es nuestro.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

telecomunicaciones por las Administraciones Públicas con carácter gratuito, únicamente el Reglamento de Prestación de Servicios contempla la excepción señalada. Por tanto, la regulación contenida en el Reglamento va más allá de la prevista por la LGTel e incluso de la propia doctrina de la Comisión Europea en materia de Ayudas de Estado, que se explicará más adelante, puesto que sujeta la utilización de fondos públicos para la prestación gratuita de servicios de comunicaciones electrónicas a cláusulas temporales, partiendo de la presunción de que todas constituyen Ayudas de Estado.

### III.2.2. Actuación del regulador en España: Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

En base a las competencias atribuidas por la normativa sectorial, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha construido una doctrina a partir de los distintos supuestos que se han sometido a su examen.

Junto a la necesaria garantía de la libre competencia que permita la participación en el mercado de todos los operadores interesados en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, existe una cuestión previa relativa a la determinación de aquellos supuestos en que será necesario que la entidad interesada se constituya en operador, es decir, cuando nos hayamos ante una explotación de redes o prestación de servicios disponibles al público.

Tras exigir la notificación fehaciente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para ser operador antes del inicio de la actividad, el artículo 6.2 de la LGTel establece que *“quedan exentos de esta obligación quienes exploten redes y se presten servicios en régimen de autoprestación”*.

Se han planteado diversas consultas ante esta Comisión acerca de la necesidad de realizar la notificación de inscripción en relación con determinados servicios de comunicaciones electrónicas.

La Resolución de 18 de septiembre de 2008<sup>5</sup> recoge la doctrina de esta Comisión sobre aquellos supuestos en que se considera que nos encontramos ante una actividad de autoprestación de las Administraciones Públicas y de aquellos en que se trata de una actividad ofrecida a terceros. Por lo que se refiere a la autoprestación se señala que:

*“En consecuencia, las Administraciones Públicas pueden prestar, en régimen de autoprestación, servicios de comunicaciones electrónicas a los ciudadanos en el interior de sus edificios o dependencias cuando tengan por finalidad satisfacer las necesidades propias del servicio, entendiéndose*

<sup>5</sup> Resolución relativa al Informe en relación con el régimen jurídico aplicable a la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas (RO 2008/1350).





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*por tales, tanto las de sus trabajadores como las de los usuarios en relación con el contenido del propio servicio prestado, no siendo necesaria la inscripción de estas actividades en el Registro de operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas”.*

Por tanto, es la vinculación del servicio de comunicaciones electrónicas con la satisfacción de las necesidades propias de los servicios municipales de que se trate la que determinará la posible consideración como autoprestación del servicio de Acceso a Internet.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha analizado en diversas Resoluciones la existencia de esta vinculación en casos concretos planteados por las propias entidades locales. En este sentido, resulta paradigmática la delimitación realizada en la Resolución de 5 de marzo de 2009<sup>6</sup> en la que se señala que:

*«(...), la prestación del servicio general de Proveedor de acceso a Internet se considera como autoprestación en aquellos supuestos en que dicha prestación sea necesaria o complementaria para satisfacer las necesidades de los servicios municipales prestados en tales ubicaciones. En consecuencia, la prestación del servicio general de acceso a Internet en bibliotecas, centros culturales y centros de fomento de actividades sociales y culturales, en los espacios y para las actividades destinados a cursos o funciones educativo-culturales (pero no tal y como se señaló en la resolución de 12 de febrero de 2009 anteriormente citada, en museos, en tanto que la actividad que les es propia no requiere del acceso a Internet), se considera autoprestación y, por tanto, no está sujeta al régimen de notificación de la Ley General de Telecomunicaciones.*

*Fuera de los supuestos anteriores –es decir, en los ya señalados museos, instalaciones deportivas, mercados y centros administrativos y de atención al ciudadano-, la prestación del servicio de acceso general a Internet no se encuadra en el régimen de exención de la autoprestación toda vez que no se constata que la prestación de dicho servicio sea necesaria o complementaria para satisfacer las necesidades de los servicios municipales prestados en tales dependencias».*

Junto con la delimitación de los supuestos en que las Administraciones Públicas deberán notificar su actividad a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de los que no, esta Comisión, en aplicación del artículo 8.4 de la LGTel, ha examinado algunos casos concretos que se le han planteado con el objeto de determinar si era posible la prestación del servicio

---

<sup>6</sup> Resolución por la que se da contestación a la consulta formulada por el Institut Municipal d'Informàtica sobre si la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso a Internet en determinados centros puede considerarse incluida en el régimen de autoprestación (RO 2009/193).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de acceso a Internet a través de redes Wifi municipales de forma gratuita y, en su caso, si era necesaria la imposición de condiciones.

En dos supuestos, servicios de acceso a bases de datos municipales y financiación con publicidad/patrocinio<sup>7</sup>, no se han impuesto condiciones. Sin embargo, se han establecido condiciones en las Resoluciones relativas a los Ayuntamientos de Vitoria-Gasteiz<sup>8</sup> y Barcelona<sup>9</sup>.

Con respecto al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, se permitió la prestación durante nueve meses de un servicio general de acceso a Internet con dos restricciones:

- Limitación del horario de prestación del servicio de acceso a Internet al de apertura de las oficinas municipales.
- Limitación del tiempo de conexión por usuario y día a una hora diaria

En la Resolución del Ayuntamiento de Barcelona, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones autorizó al Institut Municipal d'Informàtica a que prestase el servicio de acceso básico a Internet de forma gratuita durante un año, siempre que se respetasen las condiciones señaladas en relación con dicho servicio en el texto de esa Resolución. En concreto:

- *«El servicio podrá prestarse únicamente en los horarios indicados de apertura de los centros del proyecto.»*
- *La duración de la conexión estará limitada a sesenta minutos por usuario y día.*
- *La velocidad de transmisión deberá estar efectivamente limitada a un caudal de hasta –o alrededor de- 200 Kpbs.*
- *No se podrá acceder a actividades distintas del servicio de navegación por Internet (Internet browsing), esto es, se impedirá el acceso a aplicaciones peer to peer para descarga de contenidos audiovisuales, telefonía IP (VoIP), videoconferencia u otras.*
- *Se impedirá el acceso a páginas web con contenidos para adultos o que puedan resultar nocivos para la juventud y la infancia».*

<sup>7</sup> Resolución de 28 de noviembre de 2008 por la que se da contestación a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Avilés en relación con la financiación por medio de publicidad o patrocinio del servicio de acceso a Internet sobre una red pública de comunicaciones electrónicas inalámbrica de titularidad municipal (RO 2008/848).

<sup>8</sup> Resolución de 26 de febrero de 2009 por la que se da contestación a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz sobre la posibilidad de establecer un periodo promocional para la prestación gratuita del servicio de comunicaciones electrónicas de acceso a Internet (RO 2008/1138).

<sup>9</sup> Resolución de 26 de mayo de 2009 relativa al procedimiento para la determinación de la necesidad de establecer condiciones para la prestación gratuita de servicios de acceso a Internet vía Wifi en Barcelona por el INSTITUT MUNICIPAL D'INFORMÀTICA (RO 2009/194).





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El servicio de acceso Premium, de acceso general a Internet, no podrá ser prestado gratuitamente con cargo a fondos públicos.

Cuestión distinta fue la planteada por el Ayuntamiento de Avilés. En esa ocasión, se trataba de analizar la posibilidad de prestar un servicio de acceso general a Internet gratuito pero financiándolo mediante publicidad o patrocinio. Esta Comisión consideró que no se usaban fondos públicos y que, por tanto, podría llevarse a cabo sin imponer condiciones adicionales al servicio. Únicamente se establecieron algunas salvedades sobre la figura de los patrocinadores con el objeto de evitar el uso de fondos públicos a través de subvenciones cruzadas.

Por último, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha considerado<sup>10</sup> que la prestación del servicio de Acceso a Bases de Datos (entendido como acceso a Internet limitado a páginas web municipales o de otras Administraciones públicas) constituye una modalidad dentro del servicio de comunicaciones electrónicas de Proveedor de Acceso a Internet y que, aún cuando se oferta a terceros y la entidad debe constituirse en operador de conformidad con las previsiones de la LGTel, puede ser prestado por tiempo ilimitado sin exigirse contraprestación por parte de los usuarios, siguiendo de este modo las directrices establecidas en la Decisión relativa al proyecto de la ciudad de Praga de la Comisión Europea que se analizará con posterioridad en el presente informe.

### IV. RÉGIMEN COMUNITARIO DE AYUDAS DE ESTADO

Sin perjuicio de las funciones informativas y de vigilancia conferidas a la Comisión Nacional de la Competencia, la labor de control y la competencia para declarar la compatibilidad con la competencia y con el comercio intracomunitario son exclusivas de la Comisión Europea.

En este sentido, la jurisprudencia comunitaria ha desarrollado el concepto de ayuda de Estado y los criterios para su consideración. Por otro lado, la Comisión Europea ha delimitado las características que han de reunir las ayudas públicas para ser acordes con el tratado. En este sentido, la Unión Europea ha contribuido a dibujar el marco de desarrollo de las actividades de comunicaciones electrónicas a través de la doctrina establecida por estas dos instituciones.

---

<sup>10</sup> Resolución de 6 de marzo de 2008 por la que se da contestación a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat sobre la necesidad de constituirse en operador para la explotación de una red inalámbrica y la prestación del servicio de acceso a Internet, así como la posible gratuidad del servicio (RO 2007/1339) y Resolución de 28 de noviembre de 2008 por la que se da contestación a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Motril sobre distintos aspectos de la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (RO 2008/1233).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### IV.1. Ayudas de Estado

Como se ha señalado, la Comisión Europea es el órgano encargado de examinar los regímenes de ayudas existentes en los Estados integrantes de la Unión Europea y de proponer a éstos las medidas apropiadas que exijan el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado común, de conformidad con el artículo 88 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) el cual señala que:

*“Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobara que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado común en virtud del artículo 87, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine.”*

Con carácter general, la concesión de ayudas públicas o subvenciones que favorezcan de forma selectiva a determinadas empresas está prohibida por el artículo 87 del TCE, artículo que supone la piedra angular de la presente materia y cuyo apartado 1 señala:

*“Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.”*

La jurisprudencia comunitaria ha establecido qué elementos son precisos para considerar si una subvención o ventaja otorgada por una Administración pública encaja en el artículo 87 del TCE y para ello deberá cumplir los siguientes requisitos:

- La ayuda debe provenir del Estado, esto es, debe suponer una carga financiera para la Administración Pública de que se trate (STJCE 16.05.2002, asunto C-482/99, Stardust Marine) o de recursos estatales (STJCE 13.03.2001, asunto C-379/98, PresussenElektra)
- Debe conferir a su destinatario una ventaja que le libere de una carga que en condiciones normales debería soportar de conformidad con el denominado principio del inversor privado en una economía de mercado (STJCE 23.02.1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg / Alta Autoridad CECA*, asunto 30/59).
- Selectividad: la ayuda debe ser específica para determinados sectores o actividades y debe suponer una excepción en la aplicación del régimen



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

general de forma tal que beneficie únicamente a determinadas empresas<sup>11</sup>. Además deberá distorsionar o amenazar con distorsionar la competencia. La discriminación puede ser de tipo material, regional<sup>12</sup>, temporal<sup>13</sup> o utilizar otros criterios como la actividad o tamaño de la empresa<sup>14</sup>, etc.

- Deberá afectar a las relaciones comerciales entre Estados miembros. Para ello, se ha señalado que es suficiente con que la empresa beneficiaria compita con productos o servicios que se importen de otros Estados miembros (STJCE 13.07.1988, 102/87, asunto *Francia contra Comisión*).

Frente a la anterior regulación general, la prestación de servicios públicos o de servicios económicos de interés general está excepcionada de la aplicación del régimen de ayudas de Estado. El artículo 86.2 del TCE establece que:

*“Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada.”*

El TJCE ha definido los elementos necesarios para considerar que a una compensación o ayuda no se le aplique la calificación de ayuda de Estado. En este sentido, la sentencia *Altmark*<sup>15</sup> estableció que las compensaciones por servicio público no constituyen Ayuda de Estado cuando se cumplan cuatro criterios cumulativos:

- La empresa beneficiaria de la ayuda debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas.
- Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente.
- La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable.

<sup>11</sup> STJCE 22.12.2008 asunto C-487/06 Asociación Británica de Áridos vs Comisión. STJCE 08.11.2001, asunto C-143/99, Adria-Wien.

<sup>12</sup> STJCE 06.09.2006, asunto C-88/03, Azores y STPI 18.12.2008, asuntos T-211/04 y T-215/04, Gibraltar

<sup>13</sup> Decisión 2002/540/CE, Guipúzcoa (empresas de nueva creación)

<sup>14</sup> STJCE 26.09.1996, asunto C-241/94, Kimberly Clark

<sup>15</sup> *Altmark*, Asunto C-280/00, de 24 de julio de 2003.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso determinado, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria deberá calcularse sobre la base de un análisis de los costes que habría soportado una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas.

### IV.2. Práctica decisoria de la Comisión Europea en materia de ayudas públicas al despliegue de redes de comunicaciones electrónicas

La Comisión Europea ha examinado numerosos proyectos de despliegue de redes de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas bajo la perspectiva de la regulación de Ayudas de Estado. Esta actividad se realiza sobre aquellas ayudas notificadas a la Comisión Europea para que declare si son compatibles con el mercado común y si se ajustan a lo dispuesto en el artículo 87 del TCE.

Para comprobar la compatibilidad de la Ayuda de Estado con el Tratado, la Comisión Europea examina los siguientes aspectos de la Ayuda:

- a) Si la intervención estatal está bien justificada tanto en cuanto a la persecución de un objetivo aceptado de cohesión económica o social o como un remedio para un fallo bien delimitado del mercado.
- b) Si la intervención estatal resulta proporcionada al objetivo perseguido.
- c) Si la medida tiene un efecto positivo sobre el bienestar y la competencia.

De los principios generales que han venido siendo aplicados en la práctica derivados de la doctrina de la Comisión se desprende la diferenciación entre tres zonas en función del grado de competencia existente en el mercado:

- Zonas blancas: áreas en las que no hay infraestructuras de banda ancha y es improbable que se implanten a corto plazo. Se refiere al desarrollo de infraestructuras de banda ancha en zonas rurales o con déficit de servicios de telecomunicaciones. En estas zonas, la Comisión Europea considera que los Estados miembros suelen perseguir objetivos de cohesión y de desarrollo económico y por ello su intervención se considera de interés general y compatible con el Tratado.
- Zonas grises: áreas en las que existe un único operador, lo cual no implica *per se* que haya un fallo de mercado o un problema de cohesión. En estos casos, la Comisión Europea puede declarar una Ayuda de



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estado compatible con el Tratado cuando se estime que se cumplen, entre otras, dos condiciones principales: (i) que no se suministren servicios a precios razonables o adecuados a los ciudadanos o negocios; (ii) que no existan otras posibles medidas que permitan alcanzar el mismo objetivo.

- Zonas negras: áreas en las que no se ha detectado la existencia de ningún fallo de mercado por haber al menos dos o más operadores. En principio, el empleo de fondos públicos en la construcción de nuevas redes de banda ancha suele ser considerado por la Comisión Europea como una inaceptable distorsión de la competencia que expulsa a los inversores privados.

Otras posibles medidas para facilitar la provisión de servicios de banda ancha sin necesidad de conceder una Ayuda de Estado a juicio de la Comisión Europea son:

- Medidas para estimular el ancho de banda desde el lado de la demanda (educación, publicidad,...).
- Mejora de los procedimientos de autorización y otros procedimientos administrativos por las entidades locales.
- Facilitar la implantación de puntos de acceso mediante acceso no discriminatorio a la infraestructura pública.
- Coordinar el despliegue de puntos de acceso o el desarrollo de contenidos públicos para los ciudadanos.

Cada escenario que se notifique debe ser examinado en sus propios términos teniendo en cuenta el contexto específico del mercado (accesibilidad y despliegue de la banda ancha, infraestructura accesible, grado de competencia) y proporcionalidad de la intervención.

Por el interés que despierta este tema para la Comisión Europea, está siendo sometido a consulta pública de un borrador de Directrices sobre la aplicación de la regulación de Ayudas de Estado al despliegue de redes de banda ancha<sup>16</sup>.

El número de asuntos considerados por la Comisión Europea sobre Ayudas de Estado en el ámbito del despliegue de redes de comunicaciones electrónicas

---

<sup>16</sup> "Community Guidelines for the application of State aid rules in relation to rapid deployment of broadband networks", documento sometido a consulta pública en fecha 19 de mayo del presente año. Ver página web de la Comisión Europea [www. http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid](http://ec.europa.eu/competition/state_aid) y Nota de prensa IP/09/813.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

durante los últimos años ha sido importante<sup>17</sup>, incluido el relativo al Plan Avanza español. Sin embargo, únicamente en un caso, sobre la red de fibra de la ciudad de Appingedam, se ha manifestado en sentido negativo.

La Comisión Europea ha aplicado en algunas ocasiones los criterios anteriormente citados de la sentencia Altmark a proyectos relativos al despliegue de redes de telecomunicaciones, para concluir que una determinada compensación no era Ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 del TCE. Baste citar la Decisión de la Comisión Europea de 16 de noviembre de 2004, relativa al despliegue de una red de telecomunicaciones de alta velocidad en la región francesa de Pyrénées-Atlantiques<sup>18</sup>.

Por otro lado, en la Decisión sobre el Ayuntamiento de Ámsterdam de 11 de diciembre de 2007, la Comisión Europea consideró que la participación del Ayuntamiento en el proyecto era similar a la de un inversor privado.

En este caso, se planteó ante la Comisión Europea la instalación de una red de fibra en el municipio de Ámsterdam por una empresa participada por el Ayuntamiento de la localidad y otros dos grupos de inversores. La Comisión Europea consideró que la participación del Ayuntamiento se ajustaba a la actuación de un inversor en una economía de mercado, teniendo en cuenta los siguientes elementos:

1. Dos compañías privadas activas en el sector participaban en el proyecto con importantes inversiones y en las mismas condiciones que el Ayuntamiento. Asimismo, la estructura accionarial de la empresa aseguraba que ningún accionista pudiera ejercer de forma individual el control sobre la empresa creada.
2. Aunque existían inversiones del Ayuntamiento previas a la creación de la nueva empresa, hubo acuerdo entre todos los accionistas sobre la necesidad de devolver esas cantidades.
3. Todos los accionistas realizaron sus inversiones en los mismos términos y condiciones. En concreto, todos los inversores habrían de soportar cualquier pérdida de forma proporcional a su participación.
4. No se acreditó que existiera algún tipo de relación entre los inversores privados y el Ayuntamiento que pudiera cuestionar la aplicación del principio del inversor en una economía de mercado.

Por último, el único Dictamen emitido por la Comisión Europea hasta la fecha en relación con el examen de la posible existencia de Ayuda de Estado para la

<sup>17</sup> Entre otras, Decisiones N 201/2006, C 35/2005, N 262/2005, N 284/2005, N 746/2006, N 890/2006 y N 583/2004 (Banda ancha rural en España).

<sup>18</sup> N 381/2004 – Projet de réseau de télécommunication haut débit dès Pyrénées-Atlantiques.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

implantación de una red *Wifi* municipal y gratuita es el relativo a la red *Wifi* del Ayuntamiento de Praga<sup>19</sup>. En el caso de Praga, la Comisión Europea apreció que intervenían recursos estatales (fondos municipales) y procedió a examinar si se cumplían los requisitos para apreciar la existencia de una Ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 del TCE. Así, la Comisión europea estimó que no había ventaja económica y, por lo tanto, no existía Ayuda de Estado, por las siguientes razones:

- Se había convocado un concurso abierto para la contratación de la construcción y explotación de la red municipal.
- Frente a las quejas de que la nueva red sustituiría entonces la provisión de servicios de acceso a Internet por operadores privados a escuelas y a otras instituciones públicas, la Comisión consideró que el mero hecho de que el municipio decidiera construir su propia red para el sector público, para satisfacer sus propias necesidades de conectividad a Internet, en lugar de procurarse estos servicios de operadores privados no afectaba a las disposiciones del artículo 87 del TCE.
- El proyecto no permitía la explotación comercial de la red para proveer servicios de banda ancha a usuarios residenciales o empresariales.
- Puesto que sólo serían accesibles contenidos de servicios públicos y del sector público a través de la red y las autoridades checas manifestaron su intención de controlar que no hubiera distorsión de la competencia de terceras partes que ofrecieran contenidos o servicios similares, el hecho de que Administraciones Públicas gestionaran websites que pudieran ser accesibles de forma gratuita no fue considerado como el ejercicio de una actividad comercial y por tanto, esta Administración pública no fue considerada por la Comisión Europea empresa en el sentido del artículo 87 del TCE, una Ayuda de Estado.

### V. POTENCIAL IMPACTO DE LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LOS MERCADOS DE SERVICIOS DE ACCESO A INTERNET DE BANDA ANCHA SOBRE REDES WIFI

Una vez señalados los elementos que configuran las redes Wifi junto con los principales servicios que soportan y analizado el marco jurídico aplicable a estas redes y al servicio de acceso a Internet que prestan las Administraciones Públicas, corresponde examinar la incidencia que la realización de estas actividades por las Administraciones Públicas podría causar en el mercado.

Como ha señalado esta Comisión en la Resolución relativa a los mercados 4 y 5<sup>20</sup>, los servicios de acceso a Internet de banda ancha incluyen “los servicios

<sup>19</sup> NN 24/2007.

<sup>20</sup> Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*audiovisuales, Internet TV, audio y vídeo streaming así como las redes de intercambio entre pares y los más modernos servicios colaborativos que se engloban bajo la denominación de Web 2.0, a la que acceden los usuarios desde sus terminales, principalmente ordenadores personales”.*

Las redes basadas en tecnología Wifi permiten el acceso de los usuarios finales a distintos servicios de banda ancha. Sin embargo, como ya se señaló en el apartado II de este documento, los estándares actuales Wifi no garantizan, a nivel de acceso, calidad de servicio respecto a algunas aplicaciones como vídeo streaming o voz sobre IP. Estas diferencias pueden compensarse cuando el servicio se ofrece de forma gratuita.

Las ofertas de las Administraciones Públicas de estos servicios sobre redes Wifi entran en competencia directa con las ofertas tanto de los operadores de comunicaciones electrónicas –fijos como móviles – como de otros agentes privados que ofrecen acceso a este tipo de servicios en sus propios locales.

El impacto de la actividad desarrollada por las Administraciones Públicas variará en función de cómo se implemente –condiciones económicas y diseño de las ofertas– así como de las zonas en las que estas ofertas se comercialicen. En principio, se considera que la entrada de un operador público afectará a las condiciones de competencia en todas aquellas zonas en las que exista un operador, ya sea fijo o móvil. Las consideraciones que se desarrollan a continuación se refieren pues a estas zonas en las que la iniciativa privada está ya prestando sus servicios minoristas de acceso a Internet de banda ancha.

### **V.1. Caracterización de las ofertas en el mercado minorista con las que podría entrar en competencia servicios prestados mediante tecnología Wifi.**

Los agentes económicos han configurado, de acuerdo con las condiciones de mercado, diferentes modalidades de ofertas minoristas de servicios de acceso a Internet de banda ancha. En primer lugar, deben mencionarse las ofertas de los operadores de comunicaciones electrónicas que prestan sus servicios a los usuarios en ubicaciones fijas – en general, sus domicilios – o móviles que, como se señalaba en la Resolución del mercado 4 y 5, *“van desde aquéllas que permiten el mero acceso a Internet, o el acceso a Internet más un servicio de telefonía (que puede estar basado en VoIP o en conmutación de circuitos) hasta el acceso a Internet más un servicio de telefonía más un servicio de televisión de pago (...).”*

---

y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la comisión europea (MTZ 2008/626).





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En segundo lugar, existen empresas que permiten el acceso ocasional a Internet de banda ancha en ubicaciones diferentes a los domicilios de los usuarios y que pueden tener esta actividad como actividad principal – cibercafés – o como accesoria o complementaria a otra principal – como cafeterías u hoteles –. Sin embargo, la importancia de este tipo de iniciativas es muy inferior al volumen que representa las actividades de los operadores de comunicaciones electrónicas.

A continuación se analizan las ofertas de los operadores de comunicaciones electrónicas que más impacto tiene en el mercado de banda ancha para determinar sus rasgos más característicos así como las variables más valoradas por los usuarios.

### Operadores fijos y móviles de banda ancha.

En España existe gran variedad de ofertas minoristas de conexión a Internet de banda ancha ofrecida por los operadores, tanto en precios como en calidad. A modo de ejemplo, se detallan las siguientes:

**Tabla 1: Comparativa de precios de las principales ofertas de acceso a Internet de banda ancha fija<sup>21,22</sup>**

	Hasta 2 Mbps		Hasta 6 Mbps		Hasta 12 Mbps		Hasta 20 Mbps	
ONO	33,40 €	2 Mbps	35,40 €	3 Mbps	50,00€	12 Mbps		
JAZZTEL	19,95 €	1 Mbps	21,95 €	3 Mbps			43,40 €	20 Mbps
ORANGE	33,97 €	1 Mbps	38,92 €	6 Mbps			34,95 €	20 Mbps
TELE2	29,90 €	1 Mbps	32,90 €	3 Mbps			39,90 €	20 Mbps
TELEFÓNICA	33,87 €	1 Mbps	53,87 €	3 Mbps	58,87 €	10 Mbps		
YACOM	33,92 €	1 Mbps	29,95 €	3 Mbps	32,95 €	10 Mbps	34,95€	20 Mbps

**Tabla 2: Comparativa de precios de las principales ofertas de acceso a Internet de banda ancha móvil<sup>23</sup>**

<b>MOVISTAR</b>			
precio base (€)	30	39	59
Velocidad bajada/subida	1Mbps / 384Kbps	3Mbps / 1,4Mbps	3Mbps / 1,4Mbps
límite	1 Gb.	1 Gb. + Wifi	Sin límite
Precio exceso	512 Mb./15 euros	512 M.b/15 euros	
<b>VODAFONE</b>			
precio base (€)	19	39	
Velocidad bajada/subida	3Mbps	3Mbps	
Límite	1 Gb	Sin límite	

<sup>21</sup> Fuente: Oficina de atención al usuario de telecomunicaciones de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (29/09/2008). Los precios son sin IVA.

<sup>22</sup> Todas las ofertas consideradas, en esta comparativa de precios, incluyen el servicio de acceso a la red telefónica. Sólo el servicio de acceso de banda de 3 Mbps de ONO incluye el servicio de llamadas. Por el contrario, todas las ofertas consideradas para los restantes operadores incluyen dicho servicio y en el caso de Orange, además el servicio de televisión para las ofertas de 6 Mbps y hasta 20 Mbps.

<sup>23</sup> Fuente: páginas web de los operadores



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Precio exceso	1,9 €/día conexión adicional		
<b>ORANGE</b>			
precio base (€)	29	39	
Velocidad bajada/subida	hasta 3,6 Mbps	hasta 3,6 Mbps	
Límite	1Gb	Sin límite	
Precio exceso	4 Euros/ 100Mb.		

De acuerdo con los datos disponibles, se estima que los usuarios finales suelen determinar su decisión de compra de los servicios de acceso de banda ancha en función de los precios de los servicios y la velocidad ofrecida. En este sentido, la velocidad media de las conexiones se ha incrementado en España, como muestra la tabla siguiente, siendo la modalidad más económica (con una velocidad de conexión inferior a 1 Mb/s) minoritaria (contratada por el 14,7% de los consumidores).

### 81. DISTRIBUCIÓN DE LÍNEAS POR VELOCIDAD DE ACCESO DEDICADO (porcentaje)

	Telefónica de España	Operadores de cable	Resto	Total
< 1 Mbps	0,0	1,6	1,6	0,7
1 Mbps	16,8	5,8	17,6	14,7
2 Mbps	2,5	3,5	4,3	3,1
3 Mbps	39,5	13,3	22,0	30,2
>= 4 Mbps <= 10 Mbps	40,8	68,2	24,1	42,7
> 10 Mbps	0,3	7,6	30,4	8,5
Total	100,0	100,0	100,0	100,0

### **Operadores que operan en las bandas de frecuencias de uso común.**

Se distinguen dos tipos de operadores comerciales que operan en las bandas de frecuencias de uso común en función de la cobertura de su red. Ambos tipos atienden demandas y segmentos de mercado distintos.

#### ***Cobertura en interiores:***

La mayoría de operadores privados que operan en las bandas de frecuencias de uso común se han centrado en el despliegue en interiores, dentro de locales públicos con gran concurrencia de consumidores potenciales, hoteles, aeropuertos, recintos feriales, edificios de oficinas, etc. Cabe destacar que la oferta de estos operadores suele ir orientada al segmento de negocios.

Algunos ejemplos de operadores privados de red *Wifi* son:

*Telefónica de España, S.A.:* Ofrece cobertura básicamente en hoteles, aeropuertos y edificios de oficinas. Actualmente cuenta con unos 2.300 ubicaciones con cobertura *Wifi*.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*Kubi Wireless, S.L. y Swisscom (Hospitality Networks and Services España, S.A.U.):* cubren básicamente hoteles, aeropuertos, recintos feriales de Madrid y Barcelona, palacios de congresos y áreas de servicio en autopistas, llegando a cubrir unos 250 puntos.

	Telefónica	Kubi Wireless
Acceso a Internet 1 hora continua	5,6 €	9 €
Acceso a Internet 24 horas continuas	10,34 €	15 €
Acceso a Internet 30 días	77,59 €	70 €

Tabla 3. Ejemplos de precios por modalidad y operador<sup>24</sup>

### **Cobertura en exteriores:**

Por otro lado, también existe otro tipo de iniciativas privadas que ofrecen cobertura en exteriores.

La que mayor difusión ha tenido es FON Wireless Limited. Este agente pretende crear una comunidad global de conexión inalámbrica *Wifi*, en la que los usuarios comparten sus accesos a Internet. A grandes rasgos, la empresa provee de un software gratuito que asegura las conexiones, y los ingresos provendrían de los usuarios ajenos a la comunidad que quisieran usar dichos accesos. Así pues, no hay un despliegue real de una red *Wifi*, sino que en general se nutre de los puntos de acceso de diferentes particulares.

### **V.2. Análisis general del impacto en el mercado que podría suponer la explotación por parte de las Administraciones públicas de redes de comunicaciones electrónicas basadas en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común (Wifi).**

#### **V.2.1. Precios ofrecidos por las Administraciones Públicas**

Como se ha establecido anteriormente, la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas por parte de las Administraciones Públicas no está prohibida ni supone una distorsión *per se* de las condiciones de competencia. Cuando dicha prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas se lleva a cabo de forma gratuita o bien sin cubrir los costes de prestación podría tener efectos sobre la libre competencia dado que los precios no reflejan dichos costes.

El precio y las preferencias de los consumidores constituyen algunas de las variables a tener en cuenta por los mismos cuando se enfrentan a la decisión de consumir. En términos económicos, no es eficiente que un consumidor que no valore un bien por encima de los costes subyacentes de producción, lo consuma. En este sentido, la subvención pública estaría facilitando un

<sup>24</sup> Fuente: páginas web de los operadores, precios sin IVA. Mayo 2009.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consumo excesivo de un determinado bien dado que a través de fondos públicos, el precio deja de ser una variable relevante. Por el contrario, los precios fijados mediante los mecanismos de mercado aseguran que los costes de prestación están cubiertos por lo que la demanda resultante se considera eficiente.

De esta forma, si los precios fijados por la Administración Pública cubren los costes de prestación o son comparables con los precios de los servicios equivalentes en las zonas en las que dichas condiciones se fijan de acuerdo con las condiciones de mercado, las posibilidades de afectación de la competencia de la actuación pública son más limitadas.

Finalmente, cabe resaltar que la gratuidad temporal de los servicios no cuestionaría la viabilidad económica en el largo plazo del proyecto de una Administración Pública, puesto que podría resultar compatible con la situación de mercado, por encajar dentro de un plan económico viable y con la actuación de un inversor eficiente como muestran las promociones generalizadas que realizan los operadores de comunicaciones electrónicas con el fin de facilitar la entrada de los usuarios al mercado.

### V.2.2. Características del servicio que se preste

Sin embargo, es preciso constatar que el precio no es la única variable tomada en consideración por los usuarios finales sino que los servicios de acceso a Internet de banda ancha cuentan con determinadas características que podrían limitar la distorsión de la competencia en la medida en que son muy apreciadas por los demandantes.

A continuación se establecen los parámetros que caracterizan los servicios de acceso a Internet de banda ancha y cuya configuración, por parte de las Administraciones Públicas, determinará la potencial distorsión de la competencia:

- **Velocidad de acceso a Internet.** Como ha señalado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la Resolución de los mercados 4 y 5 :

*“Esta Comisión considera necesario resaltar que la velocidad de descarga podría ser un indicador útil para caracterizar las presiones competitivas que afrontan los operadores presentes en el mercado.*

*La velocidad de descarga, como variable competitiva, forma parte indiscutiblemente del conjunto de prestaciones que, junto con el precio, la calidad o las aplicaciones, caracterizan los servicios que los consumidores consideran sustitutos o no a efectos de sus decisiones de aprovisionamiento y, por tanto, relevantes en sus decisiones de compra”.*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para una misma zona y operador, la diferencia de precio entre servicios viene marcada por la velocidad de descarga. Es más, la velocidad ha supuesto la principal fuente de competencia en el mercado español, con ofertas que no han visto modificados sus precios y cuya evolución únicamente se ha visto marcada por aumentos en las velocidades nominales de descarga.

- **Cobertura.** La cobertura de la red Wifi es uno de los factores a tener en cuenta a la hora de valorar la incidencia en la competencia de los servicios de comunicaciones electrónicas que presten las Administraciones Públicas sobre este tipo de redes. Una menor cobertura supone un menor impacto potencial en la competencia.
- **Contenido al cual dan acceso.** En general se puede distinguir dos extremos. Por un lado, el acceso restringido a páginas web y/o servicios propios del Ayuntamiento, y por otro, el acceso general a Internet. El primer tipo de acceso de contenidos no tendría un efecto dañino para la competencia, de conformidad con la doctrina expresada por la Comisión Europea en la Decisión sobre la red inalámbrica de la ciudad de Praga.
- **Servicios accesibles.** Otro elemento que limitaría el impacto de la prestación por entidades públicas de los servicios de acceso a Internet de banda ancha lo constituyen los tipos de servicios accesibles. Así, por ejemplo, la exclusión de aplicaciones del tipo peer-to-peer sería en este caso un elemento que reduciría las posibilidades de sustituibilidad por parte de un determinado grupo de consumidores<sup>25</sup>. De la misma forma, el acceso a los servicios de VoIP tendría un impacto superior dado que permitiría al usuario final sustituir determinadas aplicaciones ofrecidas por los operadores de comunicaciones electrónicas y que la mayoría de consumidores demanda.
- **Otros.** Pueden existir otras restricciones del servicio ofrecido por los Ayuntamientos que limiten la sustituibilidad. Algunos ejemplos podrían ser la restricción horaria de los centros en los que se accede a Internet o la duración de la conexión.

## VI. POSIBLE PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA

A juicio de esta Comisión, la vigente regulación de la actividad de las Administraciones Públicas en el ámbito de las telecomunicaciones no resulta la más adecuada al marco de competencia analizado en el presente informe, por lo que podría resultar conveniente plantear la introducción de algún cambio normativo que facilite una más rápida adaptación a la evolución del mercado.

<sup>25</sup> De acuerdo con la Asociación para la investigación de medios de comunicación (AIMC) un 36% de los consumidores utilizan este tipo de aplicaciones. (Encuesta a usuarios de Internet. Oct-Dic 2008).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, podría proponerse la modificación del Reglamento de Prestación de Servicios en los términos que se expondrán.

Como presupuesto previo a las consideraciones que se realizan a continuación, debe apuntarse que todas las referencias a explotación de redes o prestación de servicios comprenden siempre actividades dirigidas a terceros. Por tanto, las Administraciones Públicas que deseen llevar a cabo las actividades descritas deberán realizar la notificación prevista en el artículo 6.2 de la LGTel antes del inicio de su actividad para constituirse en operadores de comunicaciones electrónicas.

Como se recoge en el presente documento, el artículo 8.4 de la LGTel permite a esta Comisión imponer a las Administraciones Públicas condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia. En desarrollo de esta previsión, el artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios *contrario sensu* excluye la posibilidad de prestación con carácter permanente de servicios de comunicaciones electrónicas por las entidades locales sin exigir contraprestación económica, previsión que en cierto modo trata de proteger la competencia evitando el uso de fondos públicos a largo plazo que desincentive la entrada de los operadores privados.

La actuación de las Administraciones Públicas deberá favorecer la consecución de los objetivos previstos en el artículo 3 de la LGTel, por lo que es necesario que se concreten las características de los servicios de comunicaciones electrónicas que van a prestar estas entidades de forma que permitan el desarrollo de un entorno competitivo.

La incidencia de las Ayudas públicas en el mercado de las comunicaciones electrónicas, así como las medidas que deben ser adoptadas para el mantenimiento de un entorno competitivo, debe ser valoradas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, órgano que tiene atribuida la competencia en esta materia. En este sentido, podría resultar aconsejable que se eliminara la restricción temporal del artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios con el objeto de que esta Comisión aplicara a cada situación la solución más ajustada.

La modificación que se propondría se sustentaría, como se ha señalado en apartados anteriores, en que el artículo 8.4 de la Ley no contempla ninguna restricción a la posible prestación gratuita de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas, siendo el artículo 4.1 del Reglamento el que presuponiendo el uso de fondos públicos como contrario a la libre competencia, ha limitado a un periodo transitorio esta posibilidad. Este criterio no coincide con el aplicado por la Comisión Europea en el ámbito de Ayudas de Estado.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, dada la experiencia adquirida y la extensión de la explotación de redes Wifi y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas por todas las Administraciones Públicas, podría resultar adecuado extender la aplicación de esta regulación a todas estas entidades y no únicamente a la Administración Local.

Con el objeto de determinar el alcance de la actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se podría proponer que el tercer párrafo del artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios recoja *in fine* las posibles decisiones que puede adoptar esta Comisión en relación con las actividades comunicadas por las Administraciones Públicas. Esto es, prohibir la prestación gratuita de la actividad comunicada, autorizarla sujetándola a determinadas condiciones o autorizarla de forma indefinida. Todo ello, sin perjuicio de la competencia de la Comisión Europea en materia de Ayudas de Estado.

En consecuencia, se propondría la modificación del tercer párrafo del artículo 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios eliminando el término “transitoria”, y reemplazando la referencia a las “entidades locales” por “Administraciones Públicas” de forma que su redacción quedaría de la siguiente manera:

*“La prestación por las Administraciones Públicas a sus ciudadanos de servicios de comunicaciones electrónicas de interés general sin contraprestación económica precisará su comunicación previa a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Esta Comisión, en función de la importancia de los servicios prestados, de la existencia en ese ámbito territorial de condiciones de mercado que permitan el acceso a dichos servicios o de la distorsión de la libre competencia, podrá, prohibir la prestación gratuita de la actividad comunicada, autorizarla sujetándola a determinadas condiciones o autorizarla de forma indefinida. Estas medidas se adoptarán sin perjuicio de la competencia de la Comisión Europea en materia de Ayudas de Estado.”*

## VII. CUESTIONES

A partir de los análisis realizados a lo largo del texto precedente, se plantean una serie de preguntas sobre las distintas posibilidades de regular la explotación de redes Wifi y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sobre estas redes por las Administraciones Públicas (AAPP). En concreto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones desea conocer:



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- P 1.-** ¿A qué tipos de redes o servicios y de qué manera considera que afecta la realización de actividades de comunicaciones electrónicas soportadas sobre redes inalámbricas por las Administraciones Públicas?
- P 2.-** ¿Considera que la prestación de los servicios de banda ancha mediante tecnología Wifi a precios inferiores a los costes de prestación siempre distorsiona la competencia?
- P 3.-** En caso que su respuesta sea afirmativa, ¿qué funcionalidades de las conexiones considera relevantes para limitar potenciales efectos sobre la competencia?
- P 4.-** ¿Qué límites impondría a esas funcionalidades para minimizar/eliminar dichos efectos?
- P 5.-** En concreto, ¿considera que las restricciones propuestas respecto de la velocidad máxima de acceso son suficientes para garantizar que haya competencia?
- P 6.-** ¿Considera adecuadas el resto de las limitaciones (acceso a contenidos, limitaciones horarias, etc.) para permitir el desarrollo de un mercado en competencia?
- P 7.-** ¿Añadiría algún otro requisito para proteger o favorecer el mercado de servicios de banda ancha?
- P 8.-** ¿Qué otras condiciones podrían exigírsele a las AAPP en el desarrollo de su actividad como explotadores de redes de comunicaciones electrónicas y prestadores de servicios?
- P 9.-** ¿Considera necesario que se modifique el Reglamento de Prestación de servicios en el sentido señalado en esta propuesta o en otro? ¿Por qué?